

Kein Vor und kein Zurück

Inga Matthes

2020-12-11T13:51:12

Haft oder keine Haft? Geschlossene oder „kontrollierte“ Zentren? Diese Fragen werden aktuell bezüglich der Vorschläge der EU-Kommission für den [New Pact on Migration and Asylum](#) vom 23. September 2020 kontrovers diskutiert – sowohl politisch als auch rechtlich. Am 14. Dezember wollen die [europäischen Innenminister*innen per Videokonferenz](#) über das Gesetzespaket sprechen. Genug Diskussionsstoff gibt es. So hielten in einem [kürzlich geleakten Schreiben](#) Griechenland, Italien, Spanien und Malta zum Umgang mit Schutzsuchenden an den Außengrenzen fest: *“Setting-up large closed centers at the external borders is not acceptable.”* Andere Länder wie [Ungarn und Polen](#) fordern über die Kommissionsvorschläge hinausgehend, dass alle Asylanträge an der Außengrenze geprüft werden sollen und eine Einreise nur bei positivem Bescheid erlaubt sein soll. Von Einigkeit sind die Mitgliedsstaaten also weit entfernt.

Für eine abschließende Bewertung, wie sich die Kommissionsvorschläge (für eine Übersicht über die Änderungen des New Pact siehe [Daniel Thym beim Verfassungsblog](#) und [Nora Markard für die Heinrich-Böll-Stiftung](#)) auswirken würden, ist es noch zu früh. Doch mit Blick auf die Entwürfe einerseits und die aktuelle Praxis der Mitgliedstaaten andererseits ist es wahrscheinlich, dass eine Umsetzung der Vorschläge zu pauschaler Inhaftierung einer Vielzahl von schutzsuchenden Menschen an den Außengrenzen führen wird.

Ausgangspunkt der Debatte: Die Fiktion der Nicht-Einreise

In ihren Vorschlägen sieht die Kommission für mehrere Verfahrensschritte vor, dass die betroffenen Personen während dieser Verfahren nicht einreisen dürfen. Dies ist der Fall im neuen Screening-Verfahren (regulär nicht länger als fünf Tage, bei einer Vielzahl von ankommenden Drittstaatsangehörigen nicht länger als zehn Tage, Art. 3, Art. 4, Art. 6 Vorschlag für eine [Screening-Verordnung](#), [ausführliche Analyse des Screenings beim EU Migration Law Blog](#)), im geänderten Asylgrenzverfahren (bis zu 12 Wochen, Art. 41 geänderter Vorschlag für eine [Asylverfahrensverordnung](#)) und im neuen Rückführungsgrenzverfahren (bis zu weiteren 12 Wochen, Art. 41a geänderter Vorschlag für eine Asylverfahrensverordnung). Im Fall einer „Krise“ können gemäß dem Vorschlag für eine neue Krisen-Verordnung das Asyl- und das Rückkehrgrenzverfahren um je acht Wochen verlängert werden, also auf 20 Wochen (Art. 4, Art. 5 [Vorschlag für eine Krisen-Verordnung](#)).

Doch was bedeutet diese „Nicht-Einreise“ genau? Die betroffenen Personen gelten als nicht eingereist, obwohl sie sich auf dem Territorium eines Mitgliedstaates der EU aufhalten und sich unter der „effektiven Kontrolle“ der Behörden des Staates befinden. Aus völkerrechtlicher Sicht sind die Schutzsuchenden aber damit unter der

Jurisdiktion des entsprechenden Mitgliedstaates und das Recht der Europäischen Union, die Europäische Menschenrechtskonvention und internationale Verträge müssen eingehalten werden (vgl. Art. 1 EMRK, EGMR deutlich in [N.D und N.T v Spanien](#): „[...] the Court observes at the outset that its case-law precludes territorial exclusions“, Rn. 106).

Damit bleibt offen, welche Konsequenzen diese Nicht-Einreise rechtlich und praktisch hat und was sich die Europäische Kommission von dem Konzept verspricht. An Flughäfen können durch das Abkommen über die internationale Zivilluftfahrt ([ICAO-Abkommen](#)) Fluggesellschaften verpflichtet werden, Personen, die die Einreisebedingungen nicht erfüllen und die noch nicht eingereist sind, wieder in das Land zurück zu bringen, aus dem sie einreisen wollten (Annex 9 zum ICAO-Abkommen, Rn. 5.3 ff.). Doch dieser „Vorteil“ der Fiktion der Nicht-Einreise ist für die meisten Grenzverfahren irrelevant, da die Schutzsuchenden selbstständig oder mit Hilfe von Schlepper*innen die Grenze überqueren. Eine Vereinfachung der Abschiebung ist durch die fiktive Nicht-Einreise also nicht zu erwarten. Eine praktische Konsequenz der Nicht-Einreise wird aber darin bestehen, dass die Mitgliedstaaten angehalten sind, die tatsächliche Einreise in das übrige Hoheitsgebiet jenseits der Grenz- oder Transitzone zu verhindern.

Ganz reale Folgen: Die Fiktion der Nicht-Einreise führt zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit

Dass die Fiktion der Nicht-Einreise zu pauschalen Einschränkungen der Bewegungsfreiheit (geschützt unter anderem durch Art. 6 Grundrechte-Charta (GRC) und Art. 5 EMRK) zur Durchsetzung dieser Nicht-Einreise führen wird, zeigt sich in den Erwägungsgründen der Screening-Verordnung: „Die Mitgliedstaaten sollten nach Maßgabe des nationalen Rechts Maßnahmen ergreifen, um zu verhindern, dass die betreffenden Personen während des Screenings in das Hoheitsgebiet gelangen“ (Erwägungsgrund 12). Das gleiche wird für die beiden Grenzverfahren gelten, während der die betroffenen Personen ausdrücklich an der Außengrenze oder in Grenznähe festgehalten werden sollen (Art. 41 Abs. 13 Vorschlag für eine AsylverfahrensVO). Dies macht die englische Fassung deutlicher (*“shall be kept at or in proximity to the external border”*) als die deutsche Fassung (*“sind die Antragsteller an der Außengrenze (...) oder in deren Nähe unterzubringen”*).

Dabei ist eine Einschränkung der Bewegungsfreiheit nicht gleichzusetzen mit Haft. Die Bewegungsfreiheit kann bereits durch Registrierung und Hinterlegung von Dokumenten sowie Meldeauflagen eingeschränkt werden. Auch zugewiesene Unterkünfte oder halb-offene Zentren schränken die Bewegungsfreiheit ein, ohne sie komplett zu entziehen. Nichtsdestotrotz müssen derartige Einschränkungen verhältnismäßig sein (Art. 52 GRC), da sie in jedem Fall einen Eingriff in das Recht auf Privatleben darstellen (Art. 7 GRC). Solange die Verhältnismäßigkeit gegeben ist, kann die Einschränkung der Bewegungsfreiheit in den Transitzentren, z.B. zur Prüfung der Einreisevoraussetzungen, gerechtfertigt sein. Auch bei Freiheitseinschränkungen unterhalb der Haft-Schwelle müssen wichtige

Voraussetzungen erfüllt sein: eine gesetzliche Grundlage muss vorliegen und die Gründe sowie die Bedingungen müssen mit Menschenrechten vereinbar sein (vgl. Art. 7 Aufnahme richtlinie und Art. 7 GRC, Art. 8 EMRK; siehe zur Vereinbarkeit einzelner Gründe zur Einschränkung der Bewegungsfreiheit auch die [REMAP-Studie](#)). Dies ist bei einer gesetzlich angeordneten Freiheitseinschränkung ohne Einzelfallprüfung nicht gewährleistet.

Hinzu kommt: Freiheitsentziehung und Freiheitseinschränkung unterscheiden sich letztlich nur in ihrem Ausmaß und ihrer Intensität, nicht aber ihrem Wesen oder Inhalt nach – so der EGMR in ständiger Rechtsprechung. Das macht die Unterscheidung in der Praxis extrem schwierig. Dabei ist diese für die Betroffenen von massiver Relevanz: Die Klassifizierung als Freiheitseinschränkung im Gegensatz zu Haft bedeutet für die Betroffenen das Fehlen von haftspezifischen Verfahrensgarantien, wie die individuell begründete Haftanordnung und die gerichtliche Überprüfung der Haft (vgl. [Röscke-Entscheidung](#), Rn. 257 ff.).

Trotz starkem Freiheitseingriff: Haft wird für viele Schutzsuchende die Regel

Die Kommissionsvorschläge legen nicht fest, ob die Nicht-Einreise mit Haft durchgesetzt werden soll, sie eröffnen den Mitgliedstaaten aber explizit den Spielraum dafür. So heißt es im Erwägungsgrund 12 der Screening-Verordnung weiter: „Vorbehaltlich der einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften können diese Maßnahmen in Einzelfällen bei Bedarf auch die Inhaftnahme umfassen.“

Die Norm zum Asylgrenzverfahren nennt selbst keine Haftgründe, doch erlaubt die Aufnahme richtlinie die Haft zur Entscheidung über die Einreise (konkretisiert auf das Grenzverfahren in Art. 8 Abs. 3 d) des [Vorschlags für eine geänderte Aufnahme richtlinie von 2016](#)). Damit ist die Rechtsgrundlage für die standardmäßige Inhaftierung aller Asylsuchenden im Asylgrenzverfahren gegeben, ohne dass spezifische Haftgründe vorliegen müssen.

[UNHCR kritisierte](#) mit der letzten Änderung der Aufnahme richtlinie 2013 die Einführung der Haft zur Entscheidung über die Einreise und sah das Risiko einer weit verbreiteten Anwendung dieses Haftgrunds in Grenzverfahren, was das Verbot der Kriminalisierung der Einreise von Asylsuchenden gemäß Art. 31 Abs. 1 der Genfer Flüchtlingskonvention unterlaufen würde ([S. 18](#)). Diese Gefahr verdichtet sich nun, da die Durchführung des Grenzverfahrens für Antragsteller*innen aus Ländern mit einer Schutzquote von unter 20 Prozent, bei Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung sowie bei Antragsteller*innen, die vermeintlich Informationen oder Dokumente zurückhalten, verpflichtend ist und tatsächlich an jeder Außengrenze zwingend umgesetzt werden muss. Außerdem verdreifacht sich die erlaubte Dauer des Asylgrenzverfahrens von aktuell einem Monat auf bis zu 12 Wochen.

Wurde eine Person bereits im Asylgrenzverfahren inhaftiert, dann kann sie während des Rückführungsgrenzverfahrens ebenso inhaftiert bleiben, um die Einreise zu verhindern und um die Rückführung vorzubereiten oder um diese

durchzuführen (Art. 41a Abs. 5 Vorschlag für eine AsylverfahrensVO). Damit würden also Personen unabhängig von ihrer individuellen Situation und ihres Verhaltens inhaftiert werden können. War die betroffene Person während des Asylgrenzverfahrens offiziell nicht inhaftiert, dann müssen für eine Inhaftierung während des Rückführungsgrenzverfahrens die Inhaftierungsgründe der Rückführungsrichtlinie erfüllt sein (Fluchtgefahr, Behinderung oder Verhinderung der Rückführung, Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung; Art. 41a Abs. 6 Vorschlag für eine AsylverfahrensVO).

Diese pauschalen Inhaftierungsgründe, die nicht auf individuelles Verhalten abstellen, erfüllen nicht die internationalen Menschenrechtsstandards, wie kürzlich in der [REMAP-Studie](#) festgestellt wurde: Während eine kurze Inhaftierung zu Beginn eines Verfahrens zur Feststellung der Identität nach den Entscheidungen des UN-Menschenrechtsausschusses, dem Spruchkörper zum UN-Zivilpakt, möglich wäre, widerspricht eine Inhaftierung zur Durchführung des Verfahrens ohne dass es zusätzliche Gründe gibt, dem UN-Zivilpakt und damit auch der Grundrechte-Charta.

Dass die Erwartung einer pauschalen Anwendung von Haft zur Umsetzung der Nicht-Einreise realistisch ist, zeigt auch die aktuelle Praxis. Das Europäische Unterstützungsbüro für Asylfragen (EASO) resümierte in seiner [Studie zu der aktuellen Anwendung von Grenzverfahren](#): „*Since they are not allowed to enter the territory, in practice they are likely to be placed in detention*“ (S. 11). Auch die vergleichende Studie vom Europäischen Flüchtlingsrat ECRE für die [Implementierungsstudie zu Grenzverfahren des Europäischen Parlaments](#) fand heraus, dass es bei den untersuchten Ländern im Rahmen des Grenzverfahrens stets zur Freiheitsentziehung kam – während Frankreich, Portugal und Spanien diese auch als Haft betrachten und behandeln (*de jure* Haft), sei dies in Deutschland und Italien an Flughäfen sowie in Ungarn bis zum EuGH-Urteil zu den Transitzone(n) (siehe unten) nicht der Fall (*de facto* Haft, S. 204 f.). Mit Unterstützung der EU will zudem die [griechische Regierung](#) eine neue „geschlossene und kontrollierte“ Anlage zur Unterbringung von Asylsuchenden auf Lesbos bauen.

Das Kind beim Namen nennen – wann liegt Haft vor?

Die Implementierungsstudie macht damit auf ein Problem aufmerksam, was auch für die Zukunft mit den Vorschlägen der Kommission zu erwarten wäre: Die Mitgliedstaaten bewerten bestimmte Situationen nicht als Haft und gewähren den Betroffenen deswegen nicht die notwendigen Garantien wie eine individuell begründete Haftanordnung und einer gerichtlichen Überprüfung der Haft.

Für die Frage, ob es sich „schon“ um Haft oder „noch“ um Freiheitsbeschränkungen handelt, hat der EGMR einen Prüfkatalog von drei Schritten entwickelt: 1) Die individuelle Situation der Antragsteller*innen und deren Wahlmöglichkeiten (Stichwort: Freiwilligkeit); 2) das anzuwendende Recht und der Zweck der Maßnahmen, die Dauer und die dazugehörigen prozessualen Schutzvorschriften; sowie 3) das Wesen und der Grad der tatsächlich erfahrenen Freiheitsbeschränkungen. Auch der EuGH orientiert sich bei der Feststellung von

Haft an diesen Kriterien sowie am Rahmen des anzuwendenden europäischen Rechts und den tatsächlichen Haftbedingungen.

Letztlich sind folgende Umstände maßgeblich: Ist die Person „freiwillig“ an dem Ort? Welche prozessualen Schutzvorschriften gibt es im nationalen Recht? Wie ist die konkrete Situation der Unterbringung: Bewachung? Ausgangsmöglichkeiten? Rechtliche und tatsächliche Möglichkeit legal in den Anrainerstaat zurückzukehren? Wird dadurch das Asylgesuch obsolet? Aus welchem Herkunftsland kommt der Antragsteller? Handelt es sich um eine Land- oder Seegrenze? Wie lange dauert die Maßnahme an?

Illustrativ für die juristische Schwierigkeit, Haft eindeutig festzustellen, ist das Beispiel der ungarischen Transitzone. In [Ilias und Ahmed v Ungarn](#) hatte die vierte Kammer des EGMR am 24. März 2017 das Festhalten in der Transitzone im Landgrenzbereich von Ungarn und Serbien als Haft bewertet, da die Antragsteller auf einem bewachten Gelände bleiben mussten, die Einreise nach Ungarn ihnen nicht möglich war und die Rückkehr nach Serbien die Rücknahme des Asylgesuchs bedeutet hätte. Auf Antrag Ungarns wurde das Verfahren zur erneuten Entscheidung an die große Kammer des EGMR gegeben, welche überraschenderweise mit [Urteil vom 21. November 2019](#) keine Haft feststellte. Es sei den Antragstellern möglich gewesen, ohne Verletzung ihrer Rechte in das Land, über das sie eingereist waren (Serbien), zurückzukehren (siehe dazu [Pichl auf dem Verfassungsblog](#)).

Anders sah es hingegen der EuGH in seiner [Röske-Entscheidung vom 14. Mai 2020](#) und bewertet die Unterbringung in der Transitzone als Haft. In der vorliegenden Fallkonstellation hatte Serbien der Wiedereinreise der Antragsteller*innen widersprochen, die Rückkehr nach Serbien war damit aus serbischer Sicht rechtswidrig. Außerdem, so der EuGH, würden die Antragsteller*innen „[...] mit dem Verlassen des ungarischen Hoheitsgebiets jede Chance auf Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft in Ungarn [...] verlieren“ (Rn. 230). Als Reaktion hierauf schloss Ungarn seine Transitzentren und erlaubt seitdem eine Asylantragstellung nur nach Vorsprache in den ungarischen Botschaften in Belgrad oder Kiew. Ein Vertragsverletzungsverfahren aufgrund dieser Regelung läuft bereits (siehe hierzu eine [Übersicht des Ungarischen Helsinki Komitees](#)).

Es ist zumindest fragwürdig, ob ein „sich in die Transitzone begeben“ tatsächlich „freiwillig“ sein kann, wenn dies die einzige Möglichkeit für die Betroffenen ist, einen Asylantrag zu stellen. Für die Frage, ob ein „Schritt zurück“ den Betroffenen möglich ist, ist auch die mögliche Beendigung des Asylverfahrens relevant. Denn in den meisten Fällen wird eine Ausreise während des Verfahrens als konkludente Rücknahme des Antrags und Nichtbetreiben des Asylverfahrens behandelt werden (Art. 28 Asylverfahrensrichtlinie, Art. 39 [Vorschlag für eine Asylverfahrensverordnung von 2016](#)). Zudem dürfte die Rückkehr in den Transitstaat, etwa nach Libyen oder in die Türkei (zwei der Haupttransitstaaten), in den meisten Fällen nicht zumutbar und aus Sicht des Drittstaats nicht rechtmäßig sein.

Wenn also nach den neuen Kommissionsvorschlägen keine Einreise erlaubt und damit keine Bewegungsfreiheit Richtung Inland gestattet wird, dann würde nach

der EuGH-Entscheidung zu Röske in der Regel von Haft auszugehen sein. Denn in nahezu allen vorstellbaren Grenzkonstellationen der EU ist für viele, wenn nicht die meisten, Antragsteller*innen die Rückkehr in den Anrainerstaat rechtlich nicht möglich.

Fazit: Haft an den Außengrenzen

Der Blick in die Vorschläge sowie in die bisherige Praxis der Grenzverfahren zeigt: Wenn es bei den aktuellen Vorschlägen bleibt, dann führt dies aller Voraussicht nach zur standardmäßigen Anwendung von Haft – sei es *de facto* oder *de jure*. Aufgrund der vorgesehenen Ausweitung der Grenzverfahren würde zukünftig ein großer Anteil von Asylsuchenden ihr Asylverfahren in Haft durchlaufen. Dies bedeutet, dass sie sich selbstständig keine (anwaltliche) Unterstützung holen können und vom Rest der Gesellschaft abgeschnitten sind. Insbesondere ohne ausreichend rechtliche Unterstützung stellt sich die Frage, inwieweit diese Verfahren noch als fair zu betrachten sind.

Für die meisten der Betroffenen wäre wohl diese faktische Isolierung der entscheidende Punkt und nicht, ob nach eingehender rechtlicher Prüfung entsprechend der aktuellen Maßstäbe der Rechtsprechung ihre individuelle Situation nun als Haft oder als starke Einschränkung der Bewegungsfreiheit gilt. Auch eine Insel, auf der man sich frei bewegen kann, erscheint nach einer gewissen Zeit mehr und mehr als Freiluftgefängnis.

